

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB140006-O/U/cwo

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Gut und Ersatzoberrichter lic. iur. B. Amacker sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur. F. Manfrin

## **Beschluss vom 7. November 2016**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

ab 12.09.2016 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft See/Oberland,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht, vom  
12. November 2013 (GG120010)**

## **Erwägungen**

### **I. Einleitung**

1. Gegenstand der Anklage und des Verfahrens ist eine Personenkontrolle des Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ und dessen damaliger Freundin B.\_\_\_\_\_ (Mitbeschuldigte) wegen Lärmbelästigung am Bahnhof ... am frühen Morgen des 30. Juni 2010. Gemäss Anklage hätten sich die beiden Beschuldigten der Kontrolle widersetzt und seien gegenüber den beiden Polizeibeamten C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ aggressiv und tätlich geworden, weshalb beide Beschuldigten arretiert wurden.

2. Auf Strafanzeige beider Beschuldigten hin wurde ebenfalls ein Strafverfahren gegen die beiden Polizeibeamten wegen einfacher Körperverletzung geführt. Jene Verfahren wurden eingestellt; auf dagegen erhobene Beschwerden trat die III. Strafkammer des Obergerichts nicht ein bzw. wies die Beschwerde ab (Beizugsakten Urk. 33/1; UE120245).

### **II. Verfahrensgang**

#### **1. Vorbemerkung**

1.1. Die Strafuntersuchung bzw. das Strafverfahren gegen den Beschuldigten dauert bereits seit 2010, unter anderem weil aufgrund der Strafanzeige der beiden Beschuldigten auch eine Strafuntersuchung gegen die Polizeibeamten durchgeführt wurde und weil im Rechtsmittelverfahren der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ eine Rückweisung wegen mangelnder Verteidigung erfolgte, was wiederum eine längere Sistierung des Verfahrens gegen A.\_\_\_\_\_ zur Folge hatte. Die Einzelheiten ergeben sich aus nachfolgenden Ausführungen. Anlässlich der Berufungsverhandlung am 26. Oktober 2016 stellten die Rechtsvertreter beider Beschuldigten Anträge auf Rückweisung an die Vorinstanz (Prot. II S. 11 f. und 17 f.; Urk. 177 S. 2; Urk. 178).

## 2. Erstinstanzliches Verfahren

### 2.1. Anklage bis Hauptverhandlung

Am 22. März 2012 wurde gegen die beiden Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ Anklage beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen erhoben (Urk. 29). Mit Verfügung vom selben Tag wurde den Parteien Frist zur Stellung von Beweisanträgen angesetzt (Urk. 31). Mit Eingabe vom 4. April 2012 stellte der Verteidiger den Antrag um Beizug weiterer Akten des Spitals ..., wo der Beschuldigte nach der Verhaftungsaktion kurz in ärztlicher Behandlung war (Urk. 35). Mit Verfügung vom 23. April 2012 wurde dieser Beweisantrag abgewiesen (Urk. 37). Am 2. Juli 2012 fand die Hauptverhandlung zusammen mit jener im Verfahren gegen die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ (GG120011) statt (Urk. 39 und Prot. I S. 6).

### 2.2. Sistierung des Verfahrens gegen A.\_\_\_\_\_

Anlässlich der Hauptverhandlung am 2. Juli 2012 wendete der damalige amtliche Verteidiger ein, dass die Untersuchung gegen die Beschuldigten und jene gegen die beiden Polizeibeamten hätten zusammen und von derselben Staatsanwaltschaft geführt werden müssen. Ebenso hätte nach seiner Ansicht auch dasselbe Gericht über alle Vorhalte, sowohl gegen die Beschuldigten als auch gegen die Polizisten, befinden müssen (Urk. 48 S. 2). Einen entsprechenden prozessualen Antrag stellte der damalige amtliche Verteidiger aber nicht, vielmehr beantragte er einen Freispruch. Am Ende dieser erstinstanzlichen Verhandlung gab die Einzelrichterin bekannt, dass am selben Tag keine Urteilseröffnung erfolgen könne (Prot. I S. 14). Darauf verzichteten die Parteien auf eine öffentliche Urteilseröffnung und erklärten - so der Wortlaut im Protokoll -, sie wünschten eine schriftliche Urteilseröffnung (Prot. I S. 14). Mit Verfügung vom 3. Juli 2012 setzte die Einzelrichterin der Anklagebehörde Frist zur Stellungnahme zur Frage einer Verfahrenseinheit, Sistierung bzw. Rückweisung (Urk. 49). Die Anklagebehörde stellte mit Eingabe vom 12. Juli 2012 den Antrag auf Durchführung des Verfahrens gegen die beiden Beschuldigten, ohne eine Vereinigung mit den Verfahren gegen die Polizisten bzw. ohne eine Sistierung (Urk. 53). Mit Verfügung vom 18. Juli 2012 wurde die beiden Verfahren A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ bis zum Abschluss der

Strafuntersuchung gegen die Polizisten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ von der Einzelrichterin sistiert (Urk. 59). Begründet wurde dies damit, dass eine Gefahr sich widersprechender Urteile bestehe und dass gestützt auf BGE 138 IV 29 Erw. 5.5. in Fällen, in welchen jemand verletzt werde, nachdem er Polizeibeamte angegriffen haben soll, die Untersuchung von ein und derselben Staatsanwaltschaft geführt werden müsse (Urk. 59 S. 2 i.V.m. Urk. 49 S. 2).

### 2.3. Urteile im erstinstanzlichen Verfahren gegen A.\_\_\_\_\_ / B.\_\_\_\_\_

Am 21. September 2012 erging in der Strafuntersuchung gegen die Polizisten eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (Urk. 65). Da gegen diese Einstellung Beschwerde ergriffen wurde, verfügte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen mit Verfügung vom 1. November 2012 die Fortdauer der Verfahrenssistierung bis zum Entscheid über die Beschwerde (Urk. 68). Mit Beschluss vom 14. März 2013 trat die III. Strafkammer des Obergerichts Zürich auf die Beschwerde von B.\_\_\_\_\_ nicht ein und wies jene von A.\_\_\_\_\_ ab (Urk. 70). Am 8. Oktober 2013 teilte der damalige amtliche Verteidiger von A.\_\_\_\_\_ der Einzelrichterin mit, dass er davon ausgehe, dass sie die Akten vom Obergericht inzwischen zurück erhalten habe und er um Mitteilung des weiteren Vorgehens ersuche (Urk. 71). Des Weiteren führte er aus, dass er seinem Mandanten ein Rechtsmittel gegen den Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts nicht habe empfehlen können und er an seinen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung wie auch den gestellten Anträgen bzw. dem Freispruch festhalte (Urk. 71). Ohne weitere prozessuale Handlungen seit Eingang des Beschwerdeentscheids der III. Strafkammer des Obergerichts sprach die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ und die Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ mit Urteil vom 12. November 2013 der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB schuldig und verurteilte sie zu Geldstrafen (Urk. 73). Dagegen erhoben die Beschuldigten Berufung (Urk. 75).

#### 2.4. Rückweisung des Verfahrens gegen B.\_\_\_\_\_ und Sistierung des Verfahrens gegen A.\_\_\_\_\_

Im Berufungsverfahren gegen die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ (SB140007) hob die I. Strafkammer des Obergerichts Zürich den Entscheid der Einzelrichterin auf und wies die Sache wegen fehlender Verteidigung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (SB140007, Urk. 61). Als Folge davon wurde das Berufungsverfahren gegen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gegen die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ mit Beschluss vom 2. Juli 2014 sistiert (Urk. 118). Gegen diesen Beschluss reichte der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ Beschwerde an das Bundesgericht ein mit dem Antrag einer Rückweisung bzw. einer Vereinigung mit dem Verfahren B.\_\_\_\_\_. Das Bundesgericht trat am 7. August 2014 auf diese Beschwerde nicht ein (1B\_268/2014, Urk. 122).

#### 2.5. Zweites erstinstanzliches Verfahren und Urteil B.\_\_\_\_\_

Im zurückgewiesenen Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ (erstinstanzlich unter der Prozessnummer GG140014 weitergeführt) bestellte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen am 26. August 2014 einen amtlichen Verteidiger (GG140014, Urk. 65). Dieser stellte mit Eingabe vom 12. September 2014 den Antrag auf Rückweisung an die Untersuchungsbehörde zwecks erneuter Durchführung der Einvernahmen, bei welchen die Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ nicht verteidigt gewesen war (GG140014, Urk. 71). Mit Präsidialverfügung vom 16. September 2014 wurde diese Eingabe der Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 72). In ihrer Stellungnahme beantragte die Staatsanwaltschaft auf eine Rückweisung zu verzichten und die erforderlichen Beweisergänzungen durch das Gericht in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft vorzunehmen (GG140014, Urk. 74). Mit Verfügung vom 29. Oktober 2014 wies die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen die Anträge der Beschuldigten B.\_\_\_\_\_ auf Wiederholung sämtlicher Untersuchungshandlungen sowie Rückweisung des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft ab (GG140014 Urk. 76). Am 28. November 2014 wurde zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 78).

Anlässlich der Hauptverhandlung am 20. April 2015 stellte die Verteidigung von B.\_\_\_\_\_ keine Beweisanträge mehr, ersuchte auch nicht um Wiederholung von

Beweisabnahmen in der Untersuchung (GG140014, Urk. 80 und Prot. I S. 6 und 8). Am Ende der Hauptverhandlung teilte die Verfahrensleitung mit, dass das Urteil schriftlich eröffnet werde (GG140014, Prot. S. 9). Mit Urteil vom 23. April 2015 sprach die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen die Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ der Gewalt und Drohung gegen Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte sie mit einer Geldstrafe (GG140014, Urk. 82). Gegen diesen Entscheid meldete der amtliche Verteidiger Berufung an. Das begründete Urteil gegen B.\_\_\_\_\_ wurde Ende Juli / Anfang August 2015 zugestellt (GG140014, Urk. 86/1-5).

### 3. Berufungsverfahren A.\_\_\_\_\_ / B.\_\_\_\_\_

Nachdem am Obergericht wieder beide Berufungsverfahren, jenes betreffend A.\_\_\_\_\_ (SB140006) und jenes betreffend B.\_\_\_\_\_ (SB150335), hängig waren, wurde der Termin für die gemeinsame Berufungsverhandlung auf den 11. Februar 2016 festgesetzt (Urk. 131). Am 9. Februar 2016 reichte der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ein Arzzeugnis ein, worin eine Verhandlungsunfähigkeit aus psychischen Gründen bescheinigt wurde (Urk. 139). Infolge dessen wurde die Berufungsverhandlung verschoben, mit einer erneuten Vorladung aber einstweilen zugewartet, wobei es einen Schriftenwechsel über einen Wechsel der amtlichen Verteidigung gab (Urk. 146 - 152). Am 12. August 2016 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 26. Oktober 2016 vorgeladen (Urk. 154). Am 7. September 2016 ging ein erneutes Gesuch um Wechsel der amtlichen Verteidigung von A.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 156 und 158). Mit Präsidialverfügung vom 12. September 2016 wurde diesem stattgegeben und Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ als neuer amtlicher Verteidiger von A.\_\_\_\_\_ bestellt (Urk. 161). Zudem wurden die Akten der (eingestellten) Strafuntersuchung gegen die Polizisten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ beigezogen. Wie vorgesehen wurde die Berufungsverhandlung gegen beide Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ am 26. Oktober 2016 abgehalten, musste aber infolge fortgeschrittener Zeit unterbrochen werden (Prot. II S. 16, 19).

### III. Rückweisungsanträge

#### 1. Verfahrenseinheit

Da gestützt auf Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO bei Mittätern der Grundsatz der Verfahrenseinheit gilt, wirkt sich ein Rückweisungsentscheid im Verfahren A.\_\_\_\_\_ auch entsprechend auf das Verfahren B.\_\_\_\_\_ aus beziehungsweise umgekehrt. Aus diesem Grund ist im Rahmen dieses Verfahrens auf beide Rückweisungsanträge einzugehen.

#### 2. Antrag auf Rückweisung des Verfahrens gegen A.\_\_\_\_\_

2.1. An der Berufungsverhandlung vom 26. Oktober 2016 stellte der amtliche Verteidiger des Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ den Antrag auf Rückweisung des Verfahrens. Die Einzelrichterin habe in der Begründung des Urteils vom 12. November 2013 auf die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 21. September 2012 betreffend der Polizeibeamten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie den Beschwerdeentscheid der III. Strafkammer des Obergerichts 14. März 2013 abgestellt. Diese Entscheide seien nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung beigezogen worden, wobei es unterlassen worden sei, dem Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Stattdessen habe die Einzelrichterin nach Beizug dieser Entscheide und ohne Fortsetzung der Hauptverhandlung am 12. November 2013 ein Urteil gefällt und dieses den Parteien schriftlich mitgeteilt (Urk. 178). Damit sei das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt worden.

2.2. Den vorinstanzlichen Akten ist zu entnehmen, dass der Entscheid der Staatsanwaltschaft I vom 21. September 2012 betreffend Einstellung des Verfahrens gegen die Polizisten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Urk. 65) am 28. September 2012 und der Rechtsmittelentscheid der III. Strafkammer des Obergerichts vom 14. März 2013 am 21. Mai 2013 (Urk. 70) bei der Vorinstanz eingingen, mithin nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 2. Juli 2012. Aus den vorinstanzlichen Akten geht weder hervor, dass den Parteien danach, das heisst bis zum Urteil vom 12. November 2013 eine Frist zur Stellungnahme zu diesen Entscheiden angesetzt wurde, noch dass die Parteien eine solche Stellungnahme eingereicht oder darauf verzichtet hatten.

2.3. Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO über das rechtliche Gehör bildet zentraler Teil des fairen Verfahrens und ist eine Konkretisierung des durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung und Art. 6 Ziff. 1 der EMRK gewährten Gehörsanspruchs (Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, N 33 zu Art. 3). Der Kerngehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör besteht darin, dass die Strafbehörden den Betroffenen vor Erlass einer sie belastenden Entscheidung umfassend über den der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalt sowie alle eingereichten Eingaben und Vernehmlassungen in Kenntnis setzen und ihnen Gelegenheit zu geben, sich zu diesen in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht zu äussern (Wohlers, a.a.O., N 36 mit angegebenen Quellen). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt ausnahmsweise dann vor, wenn eine Anhörung keinerlei Auswirkungen auf die Ausübung der Verteidigungsrechte haben könnte (BGE 126 I 24, 104 Ia 214; Wohlers, a.a.O. N 35).

2.4. Die Vorinstanz nahm in ihrem Urteil vom 12. November 2013 an zwei Stellen Bezug zum Entscheid der III. Strafkammer des Obergerichts über die Einstellung der Strafuntersuchung gegen die Polizeibeamten, auf Seite 37 und auf Seite 44 (Urk. 73). In jenem Verfahren gegen die Polizisten ging es in weiten Teilen um den identischen Sachverhalt wie dem vorliegend angeklagten. Aber auch ohne Erwähnung im vorinstanzlichen Urteil war die Begründung des Einstellungsentscheids bzw. des Rechtsmittelentscheids für das vorliegende Verfahren relevant. Belegt wird dies durch den Umstand, dass die Einzelrichterin das Verfahren seinerzeit bis zum Abschluss des Verfahrens gegen die Polizeibeamten sistierte (Urk. 59 und 68). Den Parteien hätte deshalb zu den beigezogenen Entscheiden das rechtliche Gehör gewährt werden müssen.

2.5. Ist der Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet worden, kann dieser Mangel grundsätzlich nachträglich geheilt werden. Dies setzt aber voraus, dass es sich nicht um eine besonders schwerwiegende Verletzung handelt (BGE 126 I 72). Verschiedene Autoren äussern sich allerdings kritisch zu einer Heilung und verlangen eine restriktive Anwendung, einerseits wegen des Instanzenverlusts, andererseits wegen der grundsätzlichen Bedeutung des rechtlichen Gehörs im Strafprozess (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts,

2. Aufl., Zürich 2013). Vorliegend handelt es sich bei den Entscheiden in den Verfahren gegen die Polizisten um wesentliche Dokumente, weil der Sachverhalt strittig ist und die Vorinstanz in seinem Urteil ausdrücklich darauf verwies. Es handelt sich deshalb nicht um einen leichten Mangel, der vor Berufungsinstanz geheilt werden könnte.

2.6. Weiter bringt der amtliche Verteidiger von A.\_\_\_\_\_ vor, dass die Einzelrichterin mit der Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens gegen die Polizisten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in unzulässiger Weise ihre richterliche Aufgabe an die Staatsanwaltschaft bzw. die III. Strafkammer des Obergerichts delegiert habe (Urk. 178; Prot. II S. 16-18). Dieser Einwand betrifft die Frage der Zulässigkeit bzw. der Angemessenheit der erfolgten Sistierung. Der von der Vorinstanz zitierte Entscheid 138 IV 29 behandelt eine Verfahrensvereinigung gestützt auf Art. 30 StPO, nicht aber Fragen einer Sistierung. Zwar ist es ein grundsätzliches Anliegen, sich widersprechende Gerichtsentscheide zu vermeiden. Wenn ein Verfahren allerdings - wie vorliegend nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung - spruchreif ist, hat das Gericht gestützt auf Art. 5 StPO ohne Verzug zu entscheiden und Widersprüche hat jene Instanz zu vermeiden, welche danach zu entscheiden hat. Insofern hat die Vorderrichterin mit dem Zuwarten mit ihrem Entscheid bis zum Entscheid der III. Strafkammer des Obergerichts zumindest den Anschein erweckt, ihren Entscheid von jenem der III. Strafkammer abhängig zu machen. In formeller Hinsicht wurde dadurch der Grundsatz des verfassungsmässigen Gerichts verletzt und einen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 56 lit. f StPO gesetzt (vgl. auch Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 2012, Rz 117). Allerdings wurde von keiner Partei unverzüglich aus diesem Grund ein Ausstandsgesuch gestellt (Art. 56 StPO), weshalb der entsprechende Einwand der Verteidigung keinen Einfluss auf die Frage einer Rückweisung hat.

### 3. Antrag auf Rückweisung des Verfahrens gegen B.

3.1. Der amtliche Verteidiger der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ stellte ebenfalls den Antrag, es sei die Sache zur Abnahme der Beweise, welche im Untersuchungs-

verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ ohne amtliche Verteidigung erhoben und deshalb nicht verwertbar seien, an die Vorinstanz zurück zu weisen (Urk. 177). Alle Beteiligten, der Mitbeschuldigte A.\_\_\_\_\_ und auch die beiden Polizisten D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, seien bereits im Vorverfahren durch Rechtsanwälte verteidigt gewesen, nur die Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ nicht, obschon sie sich darum im vorinstanzlichen Verfahren bemüht habe (Urk. 177 S. 4).

3.2. Nach der Rückweisung des Verfahrens in Sachen B.\_\_\_\_\_ durch die hiesige Kammer des Obergerichts mangels genügender Verteidigung bestellte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Meilen der Beschuldigten einen amtlichen Verteidiger, nahm aber keine weiteren Beweisabnahmen vor. Den Beweisantrag der Beschuldigten auf Wiederholung von Beweisen im Vorverfahren, welche ohne amtliche Verteidigung abgenommen worden waren, wies die Einzelrichterin mit Verfügung vom 29. Oktober 2014 ab. Dies mit der Begründung, dass sich die I. Strafkammer im Rückweisungsbeschluss dahingehend geäußert habe, dass B.\_\_\_\_\_ *im vorinstanzlichen Verfahren* nicht ausreichend vertreten gewesen sei. Dass B.\_\_\_\_\_ bereits im Vorverfahren hätte amtlich verteidigt werden müssen, gehe aus den Erwägungen des Obergerichts nicht hervor (GG140014; Urk. 76 S. 4).

Diese Argumentation überzeugt nicht. Dem Rückweisungsentscheid lässt sich nicht entnehmen, dass im Vorverfahren keine amtliche Verteidigung nötig gewesen und die Beweise ordnungsgemäss erhoben worden seien (GG140014; Urk. 61). Mangelt es im vorinstanzlichen Verfahren an einer amtlichen Verteidigung, so gilt dies grundsätzlich auch für das Vorverfahren, jedenfalls hinsichtlich der Durchführung von Einvernahmen von Auskunftspersonen, Zeugen oder Mitbeschuldigten, sofern diese von der Vorinstanz als Beweismittel verwendet werden. Es verhält sich gleich wie im Falle notwendiger Verteidigung von Art. 131 Abs. 3 StPO: Beweiserhebungen ohne amtliche Verteidigung sind nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet hat (Haefelin, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Diss. Zürich /St. Gallen 2010, S. 283).

Nach Art. 409 StPO weist das Berufungsgericht die Sache an die Vorinstanz zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist. Gemäss Art. 343 Abs. 2 StPO erhebt das erstinstanzliche Gericht Beweise nochmals, welche im Vorverfahren nicht richtig erhoben worden sind. Diese Bestimmung gilt für das erstinstanzliche Verfahren allgemein und als Gesetzesbestimmung braucht sie in einem Rückweisungsentscheid der Berufungsinstanz nicht explizit genannt zu werden. Da gestützt auf Art. 343 Abs. 2 StPO eine mangelnde Verteidigung im Vorverfahren durch Wiederholung der Beweisabnahmen an der Hauptverhandlung geheilt werden kann, wäre es auch nicht zulässig gewesen, die Vorinstanz zur Rückweisung an die Untersuchungsbehörde zwecks erneuter, gültiger Abnahme von Beweisen anzuhalten. Ob und welche Beweise im vorinstanzlichen Verfahren nochmals im Sinne von Art. 343 Abs. 2 StPO zu wiederholen waren, hing zudem davon ab, inwieweit die Vorinstanz auf jene Beweise abzustellen gedachte. Insofern war es nicht opportun, den Entscheid der Vorinstanz in der Sache quasi vorweg zu nehmen und im Einzelnen anzuordnen, welche Beweise nochmals abzunehmen waren.

Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz deshalb auf nicht verwertbare Beweise abgestellt bzw. den Mangel im vorinstanzlichen Verfahren nicht, insbesondere nicht im Sinne von Art. 343 Abs. 2 StPO geheilt, indem sie unbesehen des entsprechenden Einwands der Verteidigung auf Einvernahmen von A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zum Nachteil von B.\_\_\_\_\_ abstellte (Urk. 85).

3.3. Weiter kommt hinzu, dass im Zeitpunkt des Urteils vom 23. April 2015 gegen B.\_\_\_\_\_ für die Einzelrichterin ein Ausstandsgrund vorlag, nämlich eine unzulässige Vorbefassung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. f StPO (Keller, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, N 33 zu Art. 56 mit angegebenen Quellen, insbesondere Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Januar 2006, 1P.687/2005). Die Einzelrichterin hatte mit Urteil vom 12. November 2013 den Mitbeschuldigten A.\_\_\_\_\_ verurteilt und sich darin zum Schuldpunkt bereits in einer Weise geäussert, welche wegen des engen Sachzusammenhangs mit den Handlungen von B.\_\_\_\_\_ auch Auswirkungen auf den Schuldpunkt hinsichtlich B.\_\_\_\_\_ hatte. Dieser Entscheid in Sachen A.\_\_\_\_\_ war

und ist bis heute zudem noch nicht rechtskräftig. Zurückgewiesen wurde jedoch nur das Verfahren gegen die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_, weshalb es zu einer Spaltung der Beurteilung der Mittäter kam. Wenngleich eine blosserückweisung gemäss ständiger Rechtsprechung noch keinen Ausstandsgrund darstellt, gilt es die Besonderheiten des Ausstands bei Mittäterschaft zu beachten. Auch aus diesem Grund hätte die Einzelrichterin nach der Rückweisung nicht mehr separat in der Sache B.\_\_\_\_\_, d.h. getrennt vom Verfahren A.\_\_\_\_\_, amten dürfen.

#### 4. Protokolle

Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 76 Abs. 2 StPO Verfahrens- und Einvernahmeprotokolle sowohl von der protokollführenden Person als auch von der Verfahrensleitung zu unterzeichnen sind. Auf sämtlichen Verfahrens- und Einvernahmeprotokollen der Vorinstanz fehlt die Unterschrift der Verfahrensleiterin.

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolge**

Der amtliche Verteidiger ist für dieses Berufungsverfahren gestützt auf dessen Honorarnote vom 26. Oktober 2016 zu entschädigen. Der Umstand, dass er sich bei seiner Vorbereitung der Berufungsverhandlung aus anwaltlicher Sorgfaltspflicht nicht bloss auf den Rückweisungsantrag beschränken konnte, hat dabei keine Auswirkung. Immerhin dürften aber seine Aufwendungen in der Sache bei weiterem Fortgang des Verfahrens entsprechend angerechnet werden können.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht, gegen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ vom 12. November 2013 wird aufgehoben und im Sinne der Erwägungen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zwecks Wiederholung von ungültig erhobenen Beweisen im Verfahren gegen die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren SB140006 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem amtlichen Verteidiger Dr. X.\_\_\_\_\_ wird für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 16'415.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandsowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz, unter Rücksendung der Akten.
6. Gegen diesen Entscheid kann - unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes - bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 7. November 2016

Der Präsident:

lic. iur. R. Naef

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. F. Manfrin